



El reto de la internacionalización de los derechos fundamentales y sus factores de eficacia e ineficacia

«[...] el concepto de derechos humanos o fundamentales implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental. Ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional».

El reto de la internacionalización de los derechos fundamentales y sus factores de eficacia e ineeficacia

The challenge of the internationalization of fundamental rights and their factors of effectiveness and ineffectiveness

HERBERTH LUIS DÍAZ HERRERA¹

Resumen

En el presente artículo se identifica la naturaleza de los derechos humanos, a nivel interno e internacional en cada Estado. Estos derechos, pese a estar reconocidos, no todos son fundamentales, pero ello no implica su internacionalización. La problemática de estos derechos, por sus propias características, como la inherencia, son carentes de reconocimiento positivista, y, por tanto, se defiende la necesidad de su reconocimiento. Eso parte de dos métodos que se analizan: el diálogo entre Cortes y la convencionalización de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Se presentan los efectos de eficacia e ineeficacia que estos producirían, en el derecho interno y a nivel del derecho internacional, de los derechos humanos.

Palabras clave: Derechos humanos, Derechos fundamentales, Control de convencionalidad, Constitucionalidad, Efectos.

Abstract

In this article, the nature of human rights is identified, both internally and internationally within each State. Although these rights are recognized, not all of them are fundamental, but this does not imply their internationalization. The issue with these rights, due to their own characteristics, such as inherence, is their lack of positivist recognition. Therefore, the necessity for their recognition is defended. This stems from two methods that are analyzed: the dialogue between Courts and the conventionalization of the American Convention on Human Rights. The effects of effectiveness and ineffectiveness that these would produce in internal law and at the level of international human rights law are presented.

Keywords: Human Rights, Fundamental Rights, Conventionality Control, Constitutionality, Effects.

¹ Universidad Modular Abierta, Centro Regional de San Miguel; herberth.diaz@uma.edu.sv; ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-1852-619X>.

Introducción

En todo Estado constitucional democrático, los derechos constitucionales, es decir, los que están reconocidos o son considerados como fundamentales, operan como derechos de defensa frente al Estado.

La presente investigación se presenta con la finalidad de dar a conocer aspectos generales e introductorios sobre los derechos fundamentales y su análisis comparativo con los derechos humanos, así como la descripción de todas sus características particulares.

Es importante notar que los derechos fundamentales tienen una raíz y vinculación con las constituciones de cada Estado, porque es a través de estas que se positivizan para luego pasar a la siguiente etapa de verificar si efectivamente existe un diálogo entre Cortes y un proceso de convencionalización de los derechos en los tratados internacionales.

Esto último es lo que se presentará como formas para determinar la internacionalización de los derechos fundamentales, cómo estas tienen vinculación con las Cortes y su incidencia de unos sobre los otros, además de los criterios inspirados y la aplicación del control de convencionalidad como herramienta útil para esa internacionalización.

Por último, se abordará la temática de los factores que inciden positiva y negativamente en esa acción de los derechos fundamentales para determinar si exige eficacia e ineficacia en la aplicación de estas figuras.

El documento presenta además las conclusiones pertinentes al caso que se está investigando.

Aspectos generales e introductorios sobre los derechos fundamentales

Hablar sobre derechos fundamentales y derechos humanos parecería un juego de palabras, sin embargo, los derechos fundamentales son considerados como tal porque surgen con base en la dignidad humana, o como atributo esencial del ser humano por las Convenciones y los Tratados ratificados por los Estados e incorporados al derecho interno, y por poseer un procedimiento especial para su modificación o desarrollo, que es un proceso de reconocimiento nacional a través de la técnica legislativa, pero también a nivel internacional por medio de la ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por otro lado, se ha expuesto que los derechos fundamentales son aquellos

derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singu-

larísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos (Cea Egaña 2002, 221).

Por ello, en todo Estado constitucional democrático, los derechos constitucionales, es decir, los que están reconocidos o son considerados como fundamentales, operan como derechos de defensa frente al Estado. En este caso, sirven de garantía para el disfrute, goce o libre arbitrio y disposición del actuar de las personas, salvaguardando la libertad individual y colectiva. Por tanto, esos derechos se caracterizan por lo siguiente: i) irreversibilidad, ii) universales, iii) inalienables, iv) indivisibles e interdependientes, v) equitativo y no discriminatorio (*¿Qué son los derechos humanos?*, s. f.).

Con relación a esa primera característica, la *irreversibilidad*, la Organización de las Naciones Unidas ha contemplado de manera general que estos no pueden retrotraerse al pasado con la finalidad de limitar algún derecho, pues esto violenta el principio de progresividad de los derechos humanos, según el cual puede considerarse como un principio interpretativo que establece que los derechos no pueden disminuir, sino solo aumentar, pues progresan gradualmente.

Es importante notar que la naturaleza de este principio depende del ámbito en el que esté incorporado y de la actividad para la que se aplique; en este caso, puede aplicarse en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, y en especial del constitucional, y, por otro lado, a la actividad jurídica que se esté realizando, como en este ensayo, por medio de la interpretación o mutación jurídica (Mancilla Castro 2015, 83).

Por su parte, el maestro Francisco Díaz Revorio hace referencia a este principio como aquel que reconoce que la satisfacción efectiva de estos derechos solo puede alcanzarse de forma gradual y paulatina, avanzando de una manera progresiva; pero precisamente por ello, de este principio se hace derivar la idea de que, en ese proceso de satisfacción progresiva, puede avanzarse más o menos lentamente, pero no cabe dar pasos atrás. En consecuencia, aquellas medidas que impliquen retroceso en el nivel de satisfacción de los derechos presta-cionales resultarían inconstitucionales (Díaz Revorio s. f., 37).

Por esa razón, el concepto de derechos humanos o fundamentales implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental. Ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. Esto tiene que ver con la otra de sus características, ser *inherentes* a todos nosotros, con independencia de nacionalidad, género, origen étnico o nacional, color, religión, idioma o cualquier otra condición.

De igual manera, son **universales**, pues son la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos, lo que supone que todos tenemos el mismo derecho a gozar de los derechos humanos.

Este principio, como se recalcó primero en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se repite en numerosas convenciones, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos; y sobre este es importante hacer mención: como ya se apuntó, entre los derechos humanos y los derechos fundamen-

tales existe una relativa diferencia específicamente sobre su reconocimiento y positivación de los mismos en el ordenamiento constitucional interno de cada Estado.

Por tanto, no todos los derechos humanos son hasta el momento considerados fundamentales, por la falta de reconocimiento estatal, y tal vez por ello esa característica de la universalidad se encuentra un poco cuestionada en el sentido de que no a todos se les puede reconocer un derecho que no está positivado internamente, a pesar de que puede ser un derecho humano, pero al no tener esa cualidad, tendría esa limitante a esa característica.

De igual forma, los derechos humanos son **inalienables**, eso quiere decir que no deberían suprimirse, a excepción de situaciones concretas y conforme a un procedimiento adecuado; para ello existen los temas de limitaciones de derechos, lo cual implica, en primer lugar, desarrollar unos puntos relevantes acerca de los derechos fundamentales y los derechos humanos, pues en Latinoamérica sí es notable esa diferencia, ya que, como se ha expuesto, los derechos humanos son, en el plano internacional, una serie de exigencias como derechos básicos, e incluso es el vocablo que se usa para hacer alusión a las exigencias y que aún no han alcanzado un estatuto jurídico positivo (Garrido Gómez 2007, 24-25). Por el contrario, los derechos fundamentales son las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias, que sí han sido positivadas en el texto constitucional, y que, en virtud de dicho reconocimiento positivo, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución (Sala de lo Constitucional 2020, 13). En ese sentido, se asegura

que todo derecho fundamental es un derecho humano, pero no todo derecho humano es un derecho fundamental.

Así las cosas, toda limitación es un mecanismo donde se restringe el ejercicio de un derecho fundamental, pues existen –además de esta– otras figuras de uso similar, aunque operan en situaciones diferentes, como la suspensión y la pérdida de derechos fundamentales. Pero en este caso, la limitación tiene sus particularidades, y es un tema amplísimo, del que únicamente mencionaré algunos tópicos; por ejemplo, esa limitación a nivel de derecho comparado tiene una característica muy importante, pues está supeditada al principio de reserva de ley (Sala de lo Constitucional 2020, 18), es decir, que debe existir una ley formal que justifique su vigencia y su operatividad.

Partiendo de esto, la limitación de derechos fundamentales sí es permitida en el contexto constitucional de cada Estado a nivel internacional. Esto es así porque para limitar o restringir derechos fundamentales existen varios tipos o formas de restricción, aunque Robert Alexy expone que se pueden restringir por dos formas: por restricciones *directamente constitucionales* y por restricciones *indirectamente constitucionales*. Estas restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución, a las que autorizan dictar normas constitucionales. Las restricciones de rango constitucional son directamente constitucionales, es decir, dictadas por la misma Constitución o las leyes, pero que no ha sido delegada a nadie más; las restricciones de rango inferior a la Constitución son indirectamente constitucionales (Alexy 1993, 277). Así entonces, para limitar un derecho, el Estado debe realizar un acto de ponderación de modo que las medidas limitadoras sean idóneas, necesarias y proporcionales en

sentido estricto (Corte IDH, *Kimel vs. Argentina*, 2008, § 58), como los estados de excepción.

Todos los derechos humanos son **indivisibles e interdependientes**, y esto quiere decir que un conjunto de derechos no puede disfrutarse plenamente sin los otros. Por ejemplo, avanzar en los derechos civiles y políticos facilita el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. De igual modo, la violación de los derechos económicos, sociales y culturales puede redundar negativamente en muchos otros derechos.

Los derechos fundamentales, ¿deben internacionalizarse?

Es imperioso hacer un breve análisis sobre esa figura de la internacionalización de los derechos fundamentales. Podría preguntarse en un primer momento si es necesario o si es un deber internacionalizar un derecho fundamental, cuando se supone que los derechos ya son universales y, por tanto, no existiría necesidad de internacionalizar.

Pareciera un juego de palabras, pues incluso podríamos preguntarnos por qué se necesita internacionalizar esos derechos, si ya existen instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el sistema internacional, o el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, los tratados internacionales sobre los derechos económicos sociales y culturales, entre otros.

Esas interrogantes tienen un sí y un no como respuesta, pues efectivamente, a pesar de que ya existen esos instrumentos internacionales que reconocen e «internacionalizan» los derechos fundamentales con su reconocimiento, protección y validación desde hace más de cincuenta años, no debemos olvidar que no todos los derechos humanos están positivados como derechos fundamentales.

Pues bien, la internacionalización de los derechos fundamentales es un reto de los derechos en el siglo XXI, pues según el doctor José Julio Fernández existen diez retos actuales de los derechos fundamentales, entre los que se encuentran: la seguridad y los derechos humanos; el problema del medioambiente con el derecho, la tecnología y el mundo digital, los derechos sociales de género y diversidad y, sobre todo, la internacionalización de los derechos fundamentales (Fernández 2020).

Ahora bien, si es un reto, esto implica que existe una problemática que debe superarse. Y en este caso el problema radica en que los derechos humanos no se encuentran positivados en todos los ordenamientos internos de cada Estado, con lo cual, al no tener ese reconocimiento interno, ese derecho no está siendo utilizado para la población de aquel Estado. Por tanto, ese derecho debe hacerles valer, y eso deberá hacerse evidentemente a partir de las buenas prácticas y de algunos apuntes, entre ellos los diálogos entre cortes internacionales de derechos humanos y cortes constitucionales de cada Estado, así como del proceso de la convencionalización de la CADH (Fernández 2020).

Así las cosas, Luis Castillo Córdova, por ejemplo, expone que, en el caso de la Constitución Española, en su artículo 10.2 lleva necesariamente a una nueva situación caracterizadora del entero ordenamiento constitucional español, es decir, su internacionalización, pues expresa que en la medida en que los órganos judiciales, sobre todo el Tribunal Constitucional español, deben sustentar sus concretas decisiones iusfundamentales en la norma y jurisprudencia internacionales, los criterios de justicia del TEDH terminan formando parte también de los criterios de justicia nacional. Es decir, se produce una suerte de traslado de contenido desde la normatividad y la jurisprudencia in-

ternacional hacia la nacional; así, los derechos fundamentales adquieren alcance también internacional (Castillo Córdova 2007, 133).

Sobre esto es muy importante el diálogo entre cortes, y también la vinculación de los criterios internacionales al interno, lo cual se verá a continuación.

EL DIÁLOGO ENTRE CORTES

Este mecanismo de elevación de categoría de los derechos se puede realizar evidentemente entre jueces que posean jerarquía mayor, es decir, que si lo que se pretende es que se adopten ciertos criterios a niveles internos de los internacionales, es importante que estos tengan su ingreso por medio de los jueces constitucionales, pues con el diálogo interjudicial se examina el derecho constitucional y el derecho internacional y, en este caso, el derecho internacional de los derechos humanos puede servir como un medio para el diálogo transnacional y multinivel en el interés del Estado de derecho y su fortalecimiento.

El diálogo judicial transnacional alude a las interacciones y comunicaciones entre jueces extranjeros, principalmente entre jueces constitucionales –en la búsqueda de estándares constitucionales comunes–. El diálogo judicial transnacional presenta la característica potencial de fortalecer el Estado de derecho, permitiendo a los tribunales estatales llegar a las mejores respuestas para problemas compartidos y clarificando, al mismo tiempo, marcos normativos comunes. En efecto, esto lo han afirmado Miguel Carbonell y García Jaramillo cuando expresan que «hay una circulación mundial de problemas constitucionales y una circulación igualmente planetaria de las correspondientes soluciones» (Carbonell y García Jaramillo 2010, 12).

Es más, ese diálogo, para algunos jueces o tribunales nacionales e internacionales, conlleva dos aspectos muy importantes, por un lado, el compromiso sustantivo respecto de un proyecto común transnacional de procurar realizar valores de derechos humanos fundamentales a través del orden jurídico; y, por otro lado, hay un «ethos» del diálogo transnacional entre jueces en el mundo con respecto a este proyecto común transnacional. Una de las vías fundamentales que conduce este ethos del diálogo transnacional es el diálogo constitucional comparado articulado fundamentalmente a través de los derechos (Mezzetti y Arcaro Conci 2015, 157); evidentemente, para ello se necesitan actos de transformación de los jueces y materialización de los criterios a través de las mismas sentencias y con la existencia de tribunales que los apliquen.

El 17 de julio de 2018 tuvo lugar en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José (Costa Rica), el primer Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos. En este evento se contó con la participación de los presidentes, juezas y jueces de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como especialistas internacionales de reconocida trayectoria. Se abordaron abundantes temas sobre los derechos humanos, y sobre todo cómo el diálogo entre cada una de estas cortes ha permitido el fortalecimiento en la protección de esos derechos. Pero cabe preguntarse: ¿existirá realmente un diálogo o una Corte que inspire a otra por medio de sus sentencias a resolver un caso en particular en esos otros tribunales? La respuesta es sí. Así lo expuso el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando dijo que la Corte Europea se ha inspirado en

la Corte Interamericana a través de los años en temas tales como la pena de muerte, las desapariciones forzadas, la tortura, el carácter obligatorio de las medidas provisionales, y más recientemente, las amnistías de graves violaciones de derechos humanos, las garantías de debido proceso en casos de remoción de jueces y el derecho de acceso a la información. Por su parte, la Corte Interamericana ha incluido sistemáticamente referencias a su jurisprudencia en sus decisiones. Este diálogo judicial es natural dada la similitud de la mayoría de los derechos y de las libertades protegidos por ambas Convenciones, pero también se produce gracias a un enfoque común y a métodos de interpretación similares (Corte IDH 2020, 52).

Entre esas sentencias emblemáticas del TEDH inspiradas en jurisprudencia de la Corte IDH están: TEDH, *Öcalan vs. Turkey* [GC], n.º 46221/99, § 166, 12 de mayo de 2005. 2 TEDH; *Varnava and Others vs. Turquía* [GC], 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90), § 147, 18 de septiembre de 2009. 3 TEDH, *Gäfgen vs. Alemania* [GC], n.º 22978/05, § 108, 1 de junio de 2010. 4 TEDH, *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, n.º 46827/99 y 46951/99, §§ 112-113 y 124, 4 de febrero de 2005. 5 TEDH, *Marguš vs. Croacia* [GC], n.º 4455/10, §§ 131 y 138, 27 de mayo de 2014. 6 TEDH, *Baka vs. Hungría* [GC], n.º 20261/12, §§ 114, 121 y 172, 23 de junio de

2016. 7 TEDH; *Magyar Helsinki Bizottság vs. Hungría*, n.º 18030/11, § 146, 8 de noviembre de 2016.

Así las cosas, resulta positivo asegurar que el diálogo entre las cortes sí es un medio para que se genere esa internacionalización de los derechos fundamentales, es decir, que por medio de esa actividad de compartir e inspirar decisiones judiciales se asientan precedentes, criterios unificados, unívocos, sobre determinados temas, y así no generar discordia con la valoración de todos los derechos humanos.

PROCESO DE CONVENCIONALIZACIÓN DE LA CADH

La convencionalización de la CADH tiene una estrecha relación con la forma en que se desarrolla ese proceso, y es a través del control de convencionalidad que realizan los Estados, pues debemos decir que esta figura no es una figura relativamente novedosa, pues surge durante la tramitación y análisis de cada uno de los casos sometidos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero en esencia fue utilizada por primera ocasión, como lo relaciona Lautaro Pittier (Pittier 2016, 163), en la sentencia del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, al emitir el voto razonado el juez Sergio García Ramírez (Corte IDH 2003)²; posterior a esa sentencia del año 2003, surge la sentencia

2 Corte IDH, Sentencia, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas (San José, Costa Rica, 25 de noviembre de 2003, Serie C, n.º 101), voto razonado del juez Sergio García Ramírez, § 27, dice:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional...

que hasta el momento es la más emblemática y de la cual parte la jurisprudencia de derechos humanos con relación al control de convencionalidad, y es la sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, que recoge los fundamentos jurídicos del control de convencionalidad, los cuales están regulados en los artículos 1.1, 2, y 29, de la Convención Americana de Derechos Humanos³.

Dichas disposiciones son bien interesantes, pues al analizarlas, regulan el sustento jurídico del control de convencionalidad; primero, porque se reconoce la protección de los derechos, garantías y libertades de toda persona, y a la vez que todos los Estados signatarios de esta Convención se comprometen a crear, modificar, o adoptar disposiciones de derecho interno, o medidas legislativas para el pleno goce de esos derechos; y además, que los Estados, representados por sus diferentes órganos se convierten en garantes de la Convención, y eso a través de una interpretación de las normas internas, conforme a los parámetros que establece la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.

En ese sentido, la Sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en su párrafo número 124, señala:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. [...] sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto

y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [...] (Corte IDH 2006, § 124).

Esta fundamentación es muy importante, pues da pie a que en muchos países de América Latina dé inicio la recepción de los nuevos criterios y líneas jurisprudenciales, además de las interpretaciones nuevas que realiza la Corte IDH sobre esta figura.

Por tanto, partiendo de las resoluciones previas y de los fundamentos jurídicos, podemos definir el control de convencionalidad como el examen y la vigilancia jurisdiccional desarrollado siempre por tribunales, ejercido en forma concentrada por la Corte IDH, en el sistema interamericano como jurisdicción internacional vinculante para los Estados parte, e intérprete último de la Convención, pero de forma secundaria, porque primariamente ese control lo ejerce las jurisdicciones nacionales, quienes al efecto, como lo dice Humberto Nogueira Alcalá, «son jueces descentralizados del sistema interamericano, además de jueces nacionales, en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de los derechos humanos en el ámbito interno» (Nogueira Alcalá 2012, 1170; Quinche Ramírez 2009, 167), definición con la cual se concuerda, pues por la misma naturaleza o parámetro de control, este debe ejercerse en mayor medida por los jueces, quienes representan el poder judicial de cada Estado.

Sin embargo, no debemos olvidar que ese control puede y debe ser ejercido tanto por el

³ Véanse los arts. 1, 2 y 29, *Convención Americana de Derechos Humanos* (Pacto de San José, OEA, 1969).

poder ejecutivo como por el poder legislativo, porque todos son parte de la administración pública de un Estado, que se caracteriza por la institucionalidad y la democratización de las instancias, y por ende compete a toda autoridad pública (Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, 2011)⁴. Todo esto es parte del control difuso que realizan los Estados, pues el concentrado lo hace la misma Corte IDH; esto me lleva a asegurar que todas las normas internas de nuestro país pasan por ese examen de convencionalidad, desde las que promulga el poder legislativo, los decretos que emite el ejecutivo, y las leyes que aplica el poder judicial, y los reglamentos y ordenanzas de la misma administración pública, y por tanto no es una función exclusiva del órgano judicial.

Debo decir que el control de convencionalidad es un tema complejo en características y elementos, pero es necesario relacionar algunos de los más importantes; por ejemplo, tenemos que este control es de carácter obligatorio, y de oficio,⁵ por los jueces nacionales, quienes han adquirido ese compromiso de cumplir la normativa internacional que el mismo Estado ha recepcionado; de igual manera, este control se caracteriza porque debe ser realizado por *toda autoridad pública*, que, como ya expresé, puede tratarse de cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de la misma, estando facultado para *adecuar, interpretar o suprimir* las normas contrarias a la CADH.

Además, como lo relaciona Claudio Nash Rojas, es un *ejercicio hermenéutico*, que implica que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados, y evita que los Estados incurran en responsabilidad internacional (Nash Rojas 2013, 496); así también señala otro elemento, y es que *las normas contrarias a la convención no pueden tener validez o efectos en el ámbito interno* (Nash Rojas 2013, 496); de igual manera, para realizar ese análisis, el juez *debe tomar en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH* (Nash Rojas 2013, 496); todos estos elementos y características son de los más importante a la hora que se ejecute dicho control de convencionalidad interno por parte de los jueces nacionales sobre las normas de cada país.

En ese sentido, desde que entró en vigencia dicho control de convencionalidad, que se ejerce evidentemente a través de los tratados internacionales de derechos humanos, para que cada país los adopte como normativa interna, y puedan ser utilizados a la hora de reconocer y proteger ciertos derechos que tal vez no están reconocidos en las constituciones nacionales o leyes internas pero que sí lo están en los tratados internacionales, de modo que al realizar dicho control los jueces nacionales están en la obligación de verificar si alguna normativa interna contraviene a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por tanto, al realizar dicho control, está verificando que esas leyes sean convencionales

4 Al respecto considero que ese control puede ser cumplido por todas las personas que tengan un cierto conocimiento jurídico y técnico, pero eso a través de las solicitudes que estos realizan a las mismas autoridades públicas.

5 Corte IDH, Sentencia, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. (San José Costa Rica, 24 de noviembre de 2006) n.º 128: «...en otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...».

o no; es decir, es similar al control de constitucionalidad interno que hace cada país utilizando la Constitución como parámetro de control, y por ende la consecuencia de eso es que si se encuentra una normativa interna que contraviene todo eso, entonces esa norma debería ser expulsada del ordenamiento jurídico por medio de la inaplicación que hacen los jueces mediante el control difuso de constitucionalidad (en el caso de El Salvador), y también evidentemente el control concentrado que hacen los tribunales constitucionales.

Al realizar dicho control se están protegiendo ciertos derechos y reconociendo otros a través de la misma interpretación constitucional y convencional que se realiza, pues recordemos que las sentencias que emiten los jueces constitucionales son vinculantes, y eso se puede realizar por ejemplo a través de las mismas sentencias manipulativas de tipo aditivas, y en consecuencia, al tomar como parámetro esos tratados y convenciones, también se están internacionalizando esos derechos que tal vez pueden o no estar reconocidos, pero con la validación que haga un instrumento internacional sobre ese, ya este se está obteniendo un nivel de reconocimiento y protección internacional.

Factores de eficacia e ineficacia

Ya observamos que se puede efectuar perfectamente la internacionalización de los derechos; sin embargo, pueden suscitarse factores que pongan en riesgo su funcionamiento. Hay factores positivos o de eficacia y también negativos de ineficacia, como veremos.

Para empezar, tanto el diálogo entre cortes como el proceso de convencionalización de la CADH tienen una situación que debe considerarse de riesgo para la ineficacia de la internacionalización, y es el principio de soberanía

nacional y de la pirámide jerárquica en la cual está la Constitución por encima de cualquier norma, situación que poseen México y El Salvador, por ejemplo, pues no podemos obviar la importancia de los tratados internacionales y de la Corte Interamericana, y la necesidad de contar con una defensa supranacional de los derechos humanos.

En este sentido, algunas constituciones rígidas y tradicionales que, por ejemplo, no tienen adoptado el bloque de constitucionalidad, como es el caso de El Salvador, sus constituciones regulan de manera tradicional dicho principio y la jerarquización de las normas, por lo que se mantienen constantes; pero lo que sí podría variar es la interpretación de los jueces al realizar ese control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, y eso podría generar por el contrario un aspecto de eficacia de ese punto analizado; todo esto generaría ineficacia de esa internacionalización, con la disputa jurídica de determinar el papel que tienen los tratados internacionales y su vínculo jerárquico con la Constitución, lo cual tiene que ver con el principio de jerarquía de las normas (Cortez Salinas 2021, 120-121).

Un factor fundamental en la región para establecer si un derecho puede tener más campo de reconocimiento a nivel internacional es que los jueces no siempre conocen el derecho internacional o la jurisprudencia de los tribunales internacionales, lo que dificulta que lo plasmen en sus sentencias en materia de derechos humanos; y aquí caemos en un problema muy recurrente, y es la falta de conocimiento práctico, acerca de cómo se hace un verdadero control. En el caso de El Salvador existen múltiples sentencias condenatorias al Estado (Corte IDH, *Masacres de El Mozote y lugares alejados vs. El Salvador*, 2012; *García Prieto y otro vs. El Salvador*, 2007; *Contreras y otros vs. El Sal-*

vador, 2011; Ruano Torres y otros vs. El Salvador, 2015) y donde el principal argumento que se hace es que se debe realizar un control de convencionalidad, es decir, adecuar la normativa interna a la internacional para evitar vulneraciones a derechos fundamentales, dado que no existe ningún herramienta legislativa o normativa que explique cómo se hace materialmente.

Mencionaba anteriormente algunos de los casos (El Mozote, Ruano Torres, Contreras, García Prieto, Rochac, todos contra el Estado de El Salvador), y en todo ellos el común denominador es una falencia en el incumplimiento de la característica de *ex officio*, es decir, el Estado salvadoreño, representado en este caso a través de los jueces nacionales, no ha actuado de manera oficiosa a la hora de realizar una adecuación de la normativa interna, pues obviamente si los casos han sido elevados a la Corte IDH es porque se agotaron todas las vías internas y la Comisión Interamericana remitió el caso a la Corte para que se dirimiera de manera contenciosa.

Lo anterior ocurre porque el sistema judicial salvadoreño es muy precario en cuanto a la capacidad cognoscitiva del control de convencionalidad. Un claro ejemplo de esto es que la misma Corte IDH ha recomendado la realización de capacitaciones al Estado en sí, y no únicamente a jueces, sino también a todo el aparato estatal, llámense fiscales, policías, jueces, abogados defensores, miembros de la fuerza armada, así como a funcionarios encargados de la atención a familiares y víctimas de desaparición forzada de personas, en los cuales se incluya el tema de los derechos humanos de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado interno y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, así como del control de convencionalidad (Corte IDH, *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, 2014; *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, 2015).

Por tanto, una primera aportación que beneficiaría al sistema es el hecho de que los tribunales deben tomar una participación más activa a la hora de realizar el control de convencionalidad, pues si bien un juzgador puede decretar una inconvencionalidad de oficio, también lo puede ejercer a petición de parte cuando el peticionario es incluso otro jurista que forma parte del mismo caso donde figura como parte procesal, llámese fiscal, abogado privado o público, pero que la obligatoriedad es para los jueces; y la Corte es clara también en decir que deben cumplir las recomendaciones, pues esas son también formas de reparación que garantizan la no repetición del daño ocasionado a las víctimas, pues un juez instruido, capacitado no alegará ignorancia de control, y al negarse a cumplir una recomendación emanada de la sentencia de la Corte estaría incurriendo en una negación de aplicar la misma convencionalidad.

Pero partiendo del mismo ordenamiento jurídico interno, existe una función o control represivo de convencionalidad cuya operatividad el juez desconoce, pues es la misma Corte IDH que originó dicho control obligatorio de los operadores de justicia, desde la sentencia de *Almonacid Arellano vs. Chile*, y es la misma actividad de inaplicar las reglas de derecho interno (Sagüés 2014, 24) contrarias al Pacto de San José y a la doctrina de la Corte IDH. La problemática es que en nuestro país efectivamente no existe un procedimiento interno debidamente regulado por una norma que explique a los juzgadores el proceder a la hora de inaplicar o hacer una interpretación conforme a las leyes nacionales con los tratados internacionales.

Relacionado con lo anterior, en El Salvador existe la Ley de Procedimientos Constitucionales, que establece la facultad y la for-

ma de proceder de cualquier ciudadano para plantear un proceso de inconstitucionalidad, incluso de amparo o de *habeas corpus*; pero esta ley tiene efectos jurídicos internos para poder ejercer un control concentrado y difuso pero de constitucionalidad, mas no de convencionalidad, situación que podría considerarse que deja a los jueces con la tarea de investigar ese proceder, porque según el 144 Cn. es claro que debe prevalecer el tratado por sobre la ley, si existe ese conflicto, pero ni la Constitución salvadoreña ni la Ley de Procedimientos Constitucionales expresan qué se debe hacer para inaplicar una norma interna que vulnera un tratado, o la CADH en específico.

Pero, más allá de esa ausencia de disposiciones, no implica una falencia o excusa que tienen los juzgadores para no realizar el control represivo; todo lo contrario, obliga a los jueces a realizar un mayor ejercicio intelectual, que en este caso sería mi segundo aporte, para optimizar su función de garante de la Constitución y de los tratados a través la optimización y practicidad del control represivo de convencionalidad, inaplicando esas normas; y eso se puede realizar a través de un análisis integral de la Constitución salvadoreña, la jurisprudencia salvadoreña, –como la citada, respecto a la inconstitucionalidad de la ley de amnistía– y los tratados internacionales, en este caso de la CADH y la jurisprudencia de la Corte.

Pero es interesante que también en la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otro vs. Chile*, la Corte considera que esa inaplicación no es tan eficiente, pues no garantiza que la misma ley inaplicada no vaya a ser utilizada en un futuro y en otros casos, es decir, no basta con decirlo y fundamentarlo en una sentencia o caso interno, es necesario realizar la tarea de expulsión, lo que los jueces no hacen a nivel nacional,

porque en el caso que ya mencioné Chile no estaba aplicando una ley de amnistía por el Poder Judicial en varios casos a partir de 1998, lo cual –dice la Corte– es un adelanto significativo y la Corte lo valora, pero no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención [...] porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente [...] (Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, 2006, § 121); es decir, ante ese riesgo, la misma Corte sugiere la expulsión post inaplicación.

¿Qué quiere decir esto? Que si bien el resultado principal de todo control represivo de convencionalidad es la inaplicación de la normativa interna, lo cual es perfectamente correcto, la Corte pide ir más allá de eso, porque no da suficientes garantías de que se cambie de criterio, y se puede volver a utilizar por los jueces a nivel nacional; entonces la misma sentencia está dando la pauta en este caso, que es la expulsión de la normativa vulneradora, y eso implica reformas o derogación de esa normativa, y obviamente, como parte de las características de la convencionalidad –que analizamos en las primeras páginas de este documento–, todo juez debe realizar ese control de acuerdo con sus competencias, lo que quiere decir que el Juez no se convierte o no va a invadir funciones propias de un legislador o de un tribunal constitucional.

Se cuenta con el control constructivo de convencionalidad, que también sería la opción más sana que debería optimizar el actuar de los operadores de justicia nacional, y con ello generar mayor eficacia en la protección de los derechos humanos, pues, como lo dice

Constanza Núñez Donald, siempre hay una preferencia de realizar una interpretación conforme por sobre una expulsión o inaplicación (Núñez Donald 2014, 78), siendo este otro aporte. Ahora bien, este control consiste en realizar una de las tres formas de interpretar la disposición o norma, que, de algún modo, vulnera el tratado o convención, lo cual, parafraseando a Néstor Sagüés, es una forma de reciclaje nacional de las normas, y esto se parte de tres formas de interpretación: a) selección de interpretación; b) interpretación mutativa por sustracción; y, c) interpretación mutativa por adición (Sagüés 2014, 25).

Estas tres herramientas son bastante útiles. La primera permite al juzgador seleccionar una interpretación de la norma interna que más se acerque al espíritu de lo estipulado en la convención; la segunda permite realizar una interpretación de una disposición más específica de una norma, y posibilita al juzgador a sustraer contenido textual, y que con esa sustracción puede desaparecer o armonizar la norma completa con el derecho internacional; por el contrario, está la interpretación por adición, que incorpora una palabra al texto normativo que vulnera el tratado, y que con dicha adición está también armonizando la norma interna.

Claro está que se pueden combinar estas dos últimas sustrayendo y adicionando algo a la norma, y esas son las interpretaciones mutativas eclécticas, o sustitutivas, porque sustraen un texto y adicionan otro; de tal modo que, para optimizar ese control, es necesario que los jueces actúen de manera positiva, llenando los vacíos normativos, evitando graves violaciones a los derechos humanos, y, por el contrario, fomenten la protección a través de la utilización efectiva de los criterios de las diversas cortes internacionales de derechos humanos y sobre todo del control de convencionalidad.

Conclusiones

Para finalizar, es preciso apuntar unas cuantas conclusiones. En primer lugar, es necesario asegurar que los derechos fundamentales sí necesitan una internacionalización, sobre todo aquellos que están limitados en Estados constitucionales rígidos donde sus constituciones no permiten su categorización más amplia de lo normal, y por ende existen derechos como los de cuarta generación, los derechos relacionados con el género y la identidad, que incluso pueden considerarse parte de los retos de los derechos en el siglo XXI.

Así mismo, se concluye que para internacionalizar un derecho fundamental se necesita que exista un diálogo entre cortes de derechos humanos constitucionales, y a la vez un proceso de convencionalización de la Convención Americana, es decir, que se utilicen todos los tratados de derechos humanos para fomentar más criterios unificados entre todas las cortes para generar mayor protección de derechos.

Tanto la convencionalización como el diálogo entre cortes requieren evidentemente de factores que incidan positivamente para la internacionalización, y para ello se necesitan mayores capacitaciones y concientización a los jueces sobre su función como garantes de la legalidad y de las normas que protegen derechos fundamentales, que es la Constitución misma de cada Estado.

Se utiliza la oficiosidad de mejor manera y también la optimización del control represivo de convencionalidad, entre otros, que, sumados, pueden generar aspectos de eficacia en la internacionalización de los derechos, pues entre mayor factor positivo se tenga, mayor resultado se tendrá sobre el reconocimiento de esos derechos.

Referencias

- ALEXY, ROBERT (1993). *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.) (2010). «Desafíos y retos del canon neoconstitucional». En *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. (2007). «La internacionalización de los derechos fundamentales de la constitución española». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 11, 131-155. <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2486/AD-11-10.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- CEA EGAÑA, J. L. (2002). *Derecho Constitucional Chileno* (tomo I). Santiago, Chile: Editorial de la Universidad Católica de Chile.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (comp.). *Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos*. San José, C.R.: Corte IDH, 2020.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Sentencia Caso Contreras y otros vs. El Salvador* (Fondo, Reparaciones y Costas). San José, C. R.: Corte IDH, 31 de agosto de 2011.
- . *Sentencia Caso García Prieto y otro vs. El Salvador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, C. R.: Corte IDH, 20 de noviembre de 2007.
- . *Sentencia Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador* (Fondo, Reparaciones y Costas). San José, C. R.: Corte IDH, 5 de octubre de 2015.
- . *Sentencia Caso Kimel vs. Argentina*. San José, C. R., 2 de mayo de 2008.
- . *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. San José, C. R.: Corte IDH, 26 de septiembre de 2006.
- . *Sentencia Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, n.º 154. San José, C. R.: Corte IDH, 26 de septiembre de 2006.
- . *Sentencia Caso Gelman vs. Uruguay* (Fondo y Reparaciones). San José, C. R.: Corte IDH, 24 de febrero de 2011.
- . *Sentencia Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. X (Puntos Resolutivos). Serie C, n.º 252. San José, C. R.: Corte IDH, de 25 de octubre de 2012.
- . *Sentencia Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, n.º 101. San José, C. R.: Corte IDH, 25 de noviembre de 2003.
- . *Sentencia Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador* (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, n.º 28513. San José, C. R.: Corte IDH, 14 de octubre de 2014.
- . *Sentencia Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador* (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, n.º 30372. San José, C. R.: Corte IDH, 5 de octubre de 2015.
- . *Sentencia Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, C. R.: Corte IDH, 24 de noviembre de 2006.
- Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional (8 de junio de 2020). *Sentencia de Inconstitucionalidad, Inc. 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020*. https://www.jurisprudencia.gob.sv/pdf/1_21-2020_as.pdf
- CORTEZ SALINAS, J. (2021). «El diálogo jurisprudencial entre cortes constitucionales: El caso de México». *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(44), 116-132.
- DÍAZ REVORIO, F. J. (2019). «Globalización, Estado social, coste económico de los derechos e interpretación». En José Luis García Guerrero, María Luz Martínez Alarcón (eds.), *Constitucionalizando la globalización*, vol. II, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1421-1471.

- FERNÁNDEZ, J. J. [Academia mexicana de Derecho JV] (12 de mayo de 2020). *Retos para los derechos fundamentales ante el Siglo XXI* [video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=h8aPWn67C9o>
- GARRIDO GÓMEZ, M. I. (2007). *Derechos fundamentales y estado social y democrático de derecho*. Madrid: Dilex.
- MANCILLA CASTRO, R. G. (2015). «El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano». *Revista Cuestiones Constitucionales*, 33, 81-103. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000200004&lng=es&tlang=es.
- MEZZETTI, L. y ARCARO CONCI, L. G. (coords.) (2015). *Diálogo entre cortes. A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Brasilia: Conselho Federal. https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Di%C3%A3ologo_entre_cortes.pdf#page=149
- NASH ROJAS, C. (2013). «Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, Bogotá: 489-509.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2012). «Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 135 (septiembre-diciembre de 2012), pp. 1167-1220.
- NÚÑEZ DONALD, C. (2014). «Control de convencionalidad, teoría y aplicación en chile». Trabajo de grado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (s. f.). *¿Qué son los derechos humanos?* Organización de las Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights>.
- Organización de los Estados Americanos (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Washington, D. C.: OEA.
- PITTIER, L. (2016). «Control de convencionalidad en Argentina». *Revista IIDH*, 64, 161-188.
- Quinche Ramírez, M. F. (2009). «El control de convencionalidad y el sistema colombiano». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 163(12), 163-190.
- SAGÜÉS, N. P. (2014). «Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad». *Revista de Investigações Constitucionais*, 1(2), 23-32. <https://www.scielo.br/j/rinc/a/CxQL4pfRnD46jdgzZ9dwBrc/?format=pdf&lang=es>

SOBRE EL AUTOR

Herberth Luis Díaz Herrera, licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador, máster en Derecho Penal por la Universidad Gerardo Barrios (San Miguel, El Salvador) y egresado del doctorado en Derecho Constitucional Internacional por la Universidad San Carlos de Guatemala. Secretario del Tribunal Especializado de Sentencia para una Vida Libre de Violencia y Discriminación para las Mujeres (San Miguel, El Salvador). Docente de la Universidad Modular Abierta (San Miguel, El Salvador).